

Informe Defensorial N° 56¹

LA APLICACIÓN DE LA CAUSAL DE RETIRO POR RENOVACIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS Y EN LA POLICÍA NACIONAL

I. ANTECEDENTES

1. Quejas recibidas por la Defensoría del Pueblo.

En las últimas semanas, diversos oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional han recurrido a la Defensoría del Pueblo indicando que las decisiones por las que se dispuso su pase a retiro por la causal de renovación de cuadros, no habrían respetado el debido proceso al no estar motivadas, ni los criterios de mérito y de evaluación de las necesidades de los respectivos institutos armados, habiendo en consecuencia perjudicado su carrera militar o policial.

a) En el Ejército Peruano.

Entre estas decisiones tenemos las correspondientes a los Generales de Brigada Amador Aníbal Valencia Barrón, José Modesto Huerta Torres, Luis Ricardo León García, Rigoberto Roberto Villena Peñares y Víctor Guillermo Bustamante Reátegui, afectados por las Resoluciones Supremas N° 285, 286, 269, 284 y 398 DE/EP, emitidas los días 21, 29, 14, y 21 de agosto del 2000, así como 21 de setiembre del 2000, y notificadas formalmente los días 6 de octubre, 21 de setiembre, 18 de setiembre, 21 de setiembre y 03 de noviembre, respectivamente. Igualmente, al General de Brigada Emilio Alejandro Murgeytio Yáñez, pasado a la situación de retiro mediante Resolución Suprema N° 287 del 6 de setiembre del 2000, notificada formalmente el 23 de noviembre del 2000.

Un año antes había ocurrido algo similar con el General de Brigada Gonzalo Oviedo Motta, pasado a retiro por la Resolución Suprema N° 599 DE/EP/CP-JAPE, del 18 de octubre de 1999. Y dos años antes habían sido cesados los generales de brigada Roberto Chiabra León y Juan Emilio Yepes del Castillo, éste mediante Resolución Suprema N° 1170 DE/EP, del 28 de diciembre de 1998.

Asimismo han presentado quejas en el mismo sentido los Coroneles del Ejército Peruano José Francisco Silva Medrano (Resolución Ministerial N° 927 DE/DP, de fecha 31 de agosto del 2000 y notificada el 4 de setiembre del 2000) y Tomás Julián Delgado Arenas (Resolución Ministerial 1629 DE/DP, de fecha 30 de diciembre de 1999 y notificada el 1 de enero del 2000), así como los Coroneles cesados mediante resoluciones del 28 de diciembre de 1998: Jorge Aquiles Carcovich Cortelezzi (Resolución Ministerial N° 1389-DE/EP), José Patriarca Aliaga Chávez (Resolución Ministerial N° 1387-DE/EP), Manuel Canales López (Resolución Ministerial N° 1377-DE/EP), Jorge Gonzáles Bruce (Resolución Ministerial N° 1395-DE/EP), Rubén Rómulo Valle Zevallos (Resolución Ministerial N° 1380-DE/EP) y Óscar Wilfredo Gallardo Olivet (Resolución Ministerial N° 1397-DE/EP) .

¹ Elaborado por la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

Ese mismo día fueron pasados a retiro por renovación los Tenientes Coroneles Carlos Enrique Espinoza Sánchez (Resolución Ministerial N° 1363-DE/EP), Luis Miguel Gutiérrez Gambetta (Resolución Ministerial N° 1375-DE/EP), Héctor Orlando Valdez Garay (Resolución Ministerial N° 1369-DE/EP) y Moisés del Castillo Merino (Resolución Ministerial N° 1372-DE/EP/CP-JAPE). De la misma manera fueron pasados al retiro los Tenientes Coroneles Ruberli Castro Prinz (Resolución Ministerial N° 1602-DE/EP, del 30 de diciembre de 1999, notificada el 21 de enero del 2000), Luis Antonio Montoya Trelles (Resolución Ministerial N° 1365-DE/EP, del 1 de enero de 1999) y Teófilo Augusto Quiroz Cisneros (Resolución Ministerial N° 1613 DE/EP, del 28 de diciembre de 1999).

Igualmente, se ha cuestionado el pase a retiro por renovación del Mayor Hernán Ruiz Otaegui (Resolución Ministerial N° 928 DE/SG del 31 de agosto del 2000).

b) En la Fuerza Aérea del Perú

La Defensoría del Pueblo ha recibido la queja del Comandante FAP Aldo Jesús Bisalaya Garuffi, quien indica que a pesar de ser primero en su promoción fue pasado a la situación de retiro por renovación a fines de diciembre de 1998, supuestamente por motivos personales, ajenos a sus méritos profesionales.

c) En la Marina de Guerra del Perú

Se ha solicitado la revisión de los casos de los Contraalmirantes Carlos de Souza Ferreira Barclay, pasado al retiro por la Resolución Suprema N° 1138 DE/MGP, del 28 de diciembre de 1998, y Alfredo Graham Rojas, cuyo hermano, antes de su pase a retiro, consideraba que le correspondía ascender a Vicealmirante.

d) En la Policía Nacional del Perú

El 7 de enero de 1995 se expidió la Resolución Suprema N° 37-95-IN/PNP, por la que se pasó a la situación de retiro por renovación de cuadros al Mayor PNP Edgar Ruiz Vergaray, miembro del Grupo Especial de Inteligencia (GEIN) al que se atribuye la captura de Abimael Guzmán Reynoso. Hoy, él solicita la revisión de dicha medida. Igualmente, solicita la revisión de su caso el General PNP Mario Cabanillas Chávarry, cesado a fines de 1995.

También se ha solicitado la revisión de la Resolución Suprema N° 146-96-IN-PNP, por la que se pasa a retiro por renovación al Coronel PNP Carlos Alberto Cachay Bueno. En este caso, él solicitó una reconsideración de la resolución, de cuya respuesta recién habría tomado conocimiento formal el 7 de noviembre del 2000. Asimismo, se ha solicitado la revisión de la Resolución Suprema N° 0816-98-IN/PNP del 28 de diciembre de 1998, por las que se pasó a retiro por causal de renovación a los Coroneles PNP Fabio Garro Hidalgo, Miguel Angel Alarcón Valdivia, Fred Antonio Zubiarte Huance y Silvio Alfredo Velazco Mayoría; así como a los Comandantes PNP Carlos Ernesto Ríos Huarcaya y José Antonio Marcos Pérez, éste con un proceso de nulidad de acto administrativo pendiente de resolución por la Corte Suprema de Justicia.

Un caso extraordinario es el del Coronel PNP Carlos Humberto Martel Garibay, a quien se le pasa a retiro por renovación por tercera vez mediante Resolución Suprema N°794-97-IN/PNP, del 15 de setiembre de 1997, a los cinco días de haber sido reincorporado en acatamiento de una orden judicial.

2. Trascendencia general de los casos planteados y principales actuaciones de la Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo encargado de la protección y promoción de los derechos constitucionales de la persona y la comunidad, de la supervisión de la administración estatal, así como de la adecuada prestación de los servicios públicos, conforme lo señala el artículo 162º de la Constitución y el artículo 1º de su Ley Orgánica, Ley N° 26520. En consecuencia, los casos señalados preocupan a nuestra institución, pues las resoluciones supremas, ministeriales y otras de menor jerarquía cuestionadas, estarían afectando principios y derechos constitucionales, como el derecho al debido proceso y los principios de igualdad, de legalidad y de publicidad de las normas, siendo al parecer expresión de prácticas sistemáticas ocurridas en los años recientes al interior de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En ese sentido, ante las primeras solicitudes de revisión de las referidas resoluciones, la Defensoría del Pueblo se dirigió al entonces ministro de Defensa, General Carlos Bergamino Cruz, mediante los oficios DP-2000-1019 y DP-2000-1028, del 30 de octubre y el 6 de noviembre del 2000, solicitándole información sobre los motivos de la Comandancia General del Ejército para haber dispuesto el pase a retiro de varios Generales de Brigada, así como sobre el sentido y la fundamentación de las recomendaciones de la Junta Calificadora para la renovación de los cuadros de oficiales del Ejército Peruano.

Asimismo, se le exhortó a revisar los mencionados casos, en orden al respeto a las normas que garantizan el debido proceso. En esa misma dirección, se le recomendó considerar la reglamentación del artículo 52º de la Ley de Situación Militar, Decreto Legislativo N° 752º, de forma que se establezcan procedimientos objetivos de determinación de las necesidades de cada instituto, así como de los oficiales que a la vista de éstos, deberían ser propuestos para el cese por renovación.

Por otra parte, en la medida en que el tema merecía la atención de los sectores directamente involucrados en el proceso de tránsito hacia un Estado de Derecho, nuestra institución se dirigió a la Mesa de Diálogo y Concertación para el Fortalecimiento de la Democracia en el Perú, auspiciada por la OEA, indicándole que tome en cuenta este problema. Ello en el marco del estudio de *“las medidas para iniciar un proceso de reforma de las Fuerzas Armadas, para asegurar que los ascensos, retiros o cargos de trascendencia obedezcan a criterios profesionales y transparentes debidamente establecidos”*, propuesto a las organizaciones políticas y sociales del Perú por la Misión de Alto Nivel de la OEA, para dar cumplimiento a la Resolución 1753 de la Asamblea General.

Cabe indicar que con la práctica de pasar al retiro por renovación sin una adecuada motivación, se estaría truncando la carrera militar o policial de numerosos oficiales, lo que podría ocasionar distorsiones en la adecuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a los valores que sustentan la democracia, en el mediano plazo. Asimismo, en muchos casos se estaría desaprovechando las inversiones hechas por los institutos respectivos en la capacitación de sus oficiales.

3. Respuesta de las autoridades requeridas.

El 16 de noviembre del 2000, el Ministerio de Defensa hizo llegar el oficio N° 7392-MD-J, en el que luego de indicarse la legislación aplicable al retiro por causal de renovación, señala que éste tiene como razón de ser la flexibilidad de las Fuerzas Armadas, y que el Comando, de quien es potestad la renovación de cuadros, la ejerce

con los elementos de juicio derivados de la información proporcionada por el Comando de Personal y el Escalafón de Oficiales, así como el Cuadro de Asignación de Personal, documentos que aunque “reservados”, son de conocimiento de todo el personal militar. Asimismo, el entonces Ministro de Defensa indicaba en el referido oficio que si bien los dispositivos legales reglamentarios del pase a retiro por renovación tienen el carácter de reservados, son de conocimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, en especial, de los directamente interesados.

De esta manera, y de acuerdo con las normas sobre procedimientos y las necesidades del servicio, se habrían producido los pases a retiro de los Generales León, Villena, Valencia y Huerta. Según el referido oficio, los fundamentos de dichas decisiones figurarían en las actas respectivas de las sesiones del Consejo de Investigación para Oficiales Generales, constituidos en Juntas Calificadoras.

Sin embargo, luego de asumir el gobierno el doctor Valentín Paniagua como Presidente Constitucional de la República, el nuevo Ministro de Defensa, General (r) Walter Ledesma Rebaza anunció públicamente que se encontraba dispuesto a evaluar los casos de oficiales pasados a retiro por la causal de renovación. En ese sentido, el 4 de diciembre del 2000 anunció la reincorporación de los Generales de Brigada Enrique Chiabra León, José Huerta Torres y Roberto Villena Peñare. Cabe resaltar que el General Chiabra habría sido pasado a retiro el 31 de diciembre de 1998, conjuntamente con el General Yepes del Castillo. Asimismo, el 7 de diciembre se anunció que el Consejo de Ministros aprobó la reincorporación al servicio activo en el Ejército de los Generales de Brigada EP Víctor Bustamante Reátegui, Anibal Valencia Barrón y Luis Ricardo León García.

Las diversas solicitudes de actuación defensorial presentadas por oficiales superiores y oficiales generales de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, en situación de retiro, formuladas a la Defensoría del Pueblo a partir de octubre del presente año, relativas a la revisión de decisiones por las que se dispone su pase a retiro por la causal de renovación de cuadros, fueron acumuladas en el Expediente N° 294-2000-DP/DC, de la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales.

II. ANÁLISIS

1. Procedimiento legal para aplicar la renovación como causal de pase al retiro.

El inciso c) del artículo 55° del Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar, indica que una de las causales del pase a retiro de un oficial es la renovación. A su vez, el artículo 58° indica el procedimiento a seguir en estos casos:

“Artículo 58°.- Con el fin de procurar la renovación constante de los Cuadros de Oficiales, podrán pasar a la Situación de Retiro por la causal de renovación, Oficiales de Armas, Comando y Servicios de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto, lo que se reglamentará especificándose una cantidad mínima y máxima para cada grado, de Armas, Comando y Servicios.

Para la Renovación de los Generales de División, Vicealmirantes, Tenientes Generales, Generales de Brigada, Contralmirantes y Mayores Generales, los Comandantes Generales de cada Instituto deberán necesariamente elevar la respectiva propuesta, cuya aprobación es potestad del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

La Renovación de los Oficiales Superiores será hecha a propuesta del Comandante General del Instituto correspondiente, previa recomendación de los Consejos de Investigación respectivos constituidos en Junta Calificadora. Los Oficiales Generales y Almirantes y Oficiales Superiores comprendidos en los casos que anteceden, pasarán a la Situación de Retiro, percibiendo los goces a que tengan derecho con arreglo al Decreto Ley N° 19847 y sus modificatorias, así como a las compensaciones e indemnizaciones establecidas.”

Es consecuencia, la ley establece el siguiente procedimiento para disponer el pase a retiro por causal de renovación:

- a) Determinación de las necesidades de personal por cada instituto armado, y en cada grado;
- b) Recomendación a los Comandantes Generales, por parte de los Consejos de Investigación respectivos, constituidos en Junta Calificadora (este paso sólo para oficiales superiores);
- c) Elaboración de la propuesta por parte de los Comandantes Generales respectivos, y consiguiente presentación al Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas;
- d) Aprobación de la resolución por el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

De la sola lectura de este procedimiento se aprecia que la ley pretende que las decisiones se tomen de acuerdo a criterios de razonabilidad, en función de la preservación de los intereses generales de índole militar. En ese sentido, cabe resaltar que el primer requisito prescrito para disponer el pase a retiro por renovación, es la determinación objetiva de las necesidades de personal de los institutos armados, exigencia que no se habría cumplido en los casos revisados de pases al retiro en el año 2000. En efecto, al momento de la expedición de las resoluciones respectivas aun no se habían publicado los cuadros de méritos para los ascensos en cada grado, factor esencial para determinar las necesidades de personal, y por ende, para definir los pases a retiro por renovación.

Una regulación similar, aunque menos detallada, que ya ha sido objeto de cuestionamientos por autoridades jurisdiccionales, incluso el Tribunal Constitucional, se encuentra en el inciso c) del artículo 50° y el artículo 53° del Decreto Legislativo N° 745, Ley de Situación Policial. Éste último indica que:

“Con el fin de procurar la renovación de los Cuadros de Personal, podrán pasar a la Situación de Retiro por la causal de renovación, Oficiales Policías y de Servicios de los Grados de Mayor a Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine la Policía Nacional.

Para la Renovación de los Tenientes Generales y Generales de la Policía Nacional del Perú, el Director General de la Policía Nacional, deberá necesariamente elevar la respectiva propuesta, cuya aprobación es potestad del Jefe Supremo de la Policía Nacional del Perú.

Para la Renovación de los Coroneles, Comandantes y Mayores de la Policía Nacional del Perú se seguirá el mismo procedimiento establecido en el párrafo precedente.

Los Oficiales Policía y de Servicios comprendidos en los casos que anteceden, pasarán a la Situación de Retiro, percibiendo los goces a que tengan derecho con arreglo al Decreto Ley N° 19847 y sus modificatorias y las compensaciones e indemnizaciones establecidas.”

Cabe resaltar que la reglamentación de estas normas no contribuye a precisarlas. Esto sucede con el Decreto Supremo N° 83-92-DE/SG, que aprueba un reglamento no

publicado del artículo 58° de la Ley de Situación Militar. En el primero de los artículos del citado reglamento se contemplan tres situaciones en las que no pueden estar los oficiales propuestos para pasar al retiro por renovación: no estar comprendido en procesos disciplinarios, no estar procesado ante la justicia militar y no estar comprendido en alguna otra causal de retiro. El segundo y el tercer artículo, al definir el procedimiento de selección de los oficiales a cesar, sustancialmente reproducen el artículo que se pretende reglamentar, mientras que el artículo 4° establece las cantidades máximas y mínimas, por rango, de oficiales a los que se podría retirar. El artículo 5° precisa la forma de las resoluciones respectivas, y el 6° repite el párrafo final del artículo 58° de la Ley de Situación Militar. Y el Decreto Supremo 58-96-DE/SG únicamente modifica las cantidades máximas y mínimas de oficiales que pasarán al retiro por causal de renovación.

2. Necesidad de establecer criterios objetivos para la validez de los retiros por causal de renovación.

Las normas citadas, para ser conformes a la Constitución, requieren que los poderes públicos, en especial las administraciones policiales y militares, así como los órganos jurisdiccionales, las interpreten adoptando criterios objetivos y razonables. De otro modo se estaría admitiendo la posibilidad de decisiones arbitrarias, lo cual está vedado en un Estado de Derecho, donde no deben quedar zonas exentas de control. En efecto, *“los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”* mencionados en el artículo 3° de la Constitución respaldan el derecho de todo ser humano a exigir un uso razonable de los poderes públicos, derecho que se refuerza con la sujeción de todo el Estado al principio de distribución, por el que su poder siempre está limitado por la Constitución y las leyes, como lo proclama el artículo 45° del texto constitucional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, a quien le corresponde el rol de supremo intérprete de la Constitución como se deduce del artículo 201° de la Constitución, ya se ha pronunciado sobre la necesidad de un procedimiento que asegure que los pases a retiro por la causal de renovación sean justificados. Así, en la sentencia de 12 de noviembre de 1997, emitida en el expediente 258-93-AA/TC, señaló, refiriéndose al pase a retiro por renovación en la Policía Nacional, que:

“la potestad de renovación de cuadros (...) en la forma genérica como se enuncia, no ofrece en lo absoluto las garantías de un debido proceso en el que se determine quienes pueden o deben pasar a retiro por la causal de renovación, situación que este Colegiado entiende, es precisamente, la que en el presente caso se ha producido, sin que medie la más elemental motivación o racionalidad en la determinación de la situación del afectado en sus derechos...”

Problemas similares pueden verse en las resoluciones de pase al retiro de oficiales de las Fuerzas Armadas presentadas a la Defensoría del Pueblo, donde se observa que en la parte considerativa, únicamente se mencionan, además de la existencia de una propuesta del Comandante General del Ejército, las normas del Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar, que regulan el pase a retiro por renovación, así como sus reglamentos. Tampoco la parte resolutive indica los motivos por los que se decidió el pase a retiro por renovación de los oficiales reclamantes, a pesar que el artículo 20° del Reglamento de los Consejos de Investigación del Ejército, aprobado por Decreto Supremo N° 09-GU-85, prescribe que *“En el acta de sesión del Consejo (constituido en Junta Calificadora para efectos de los pases a retiro) deberá figurar expresamente... los fundamentos de hecho y de derecho por el que se adopta la medida por recomendar...”*

Debe señalarse que los reglamentos citados no han sido publicados, por lo que su mención no conlleva motivación alguna. De esta manera, de la información presentada no se aprecia el estricto seguimiento de un procedimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Situación Militar, así como a las exigencias propias de un Estado de Derecho. Más escuetas aun, si cabe, son las resoluciones de pase al retiro de oficiales de la Policía Nacional, donde sólo se menciona la aprobación del Ministerio del Interior como único considerando.

A juicio de la Defensoría del Pueblo, las decisiones de pasar al retiro a oficiales por renovación, deben basarse en primer lugar en indicadores objetivos de las necesidades de personal, como los ofrecidos de un lado por los resultados anuales de los procesos de ascensos, y de otro, por las relaciones de oficiales que indefectiblemente han de pasar al retiro, por límite de edad o por cumplir 35 años como oficial, conforme los incisos a) y b) del artículo 55º del Decreto Legislativo N° 752 (equivalente a los incisos a) y b) del artículo 50º del Decreto Legislativo N°745), así como por los respectivos planes anuales de asignación de personal.

En efecto, sólo con dicha información podría determinarse el número de oficiales que deben ser renovados, así como identificar a los oficiales que se verán afectados con esta medida. Evidentemente, esto último también debe hacerse teniendo en cuenta los intereses de la administración militar, de manera que habrán de preferirse para el pase a retiro a los oficiales que no tengan mayores probabilidades de continuar en la carrera militar, por razones de edad, tiempo de servicios o méritos profesionales.

Estas consideraciones no se habrían tomado en cuenta en muchos de los casos presentados, lo que implicaría un perjuicio arbitrario, no solamente a los oficiales directamente involucrados, sino al conjunto de la institución militar o policial, cuya garantía exige la observación de criterios objetivos para las decisiones que la afecten.

3. La observancia del debido proceso en sede administrativa como condición de validez de los actos administrativos.

Además de lo dicho en el considerando anterior, al estar basado nuestro ordenamiento jurídico en el respeto de la dignidad de la persona, como lo expresa el artículo 1º de la Constitución, las actuaciones del Estado deben ser conformes al principio de interdicción de la arbitrariedad, lo que implica que las decisiones administrativas deben estar debidamente motivadas, en función de los intereses generales de la administración.

Cabe indicar que existe reiterada jurisprudencia que reconoce el deber de observancia del debido proceso a nivel administrativo. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional (Expediente N° 091-98-AA/TC) con fecha 8 de julio de 1999, sostuvo:

“7. Que, en consecuencia, este Tribunal estima que al no haberse respetado el derecho constitucional al debido proceso administrativo, y por el hecho de que el cuestionado cese por causal de excedencia fue el resultado de no haberse evaluado al demandante conforme a criterios objetivos, procede declarar fundada la demanda”.

Y parte esencial del debido proceso, es la motivación de las resoluciones, en la medida en que sólo de ese modo los afectados pueden saber por qué se les afecta, información que deben conocer y a la que tienen derecho en virtud de su dignidad personal. Asimismo, sólo motivando las resoluciones podría apreciarse cómo se realiza el interés general de la administración militar o policial. En ese sentido, la Ley

de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 02-94-JUS, indica en su artículo 39° que

“Todas las resoluciones serán motivadas, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.”

Asimismo, para el caso de resoluciones emitidas en el marco de un procedimiento administrativo, el artículo 85° del referido cuerpo normativo indica que

“La resolución decidirá sobre todas las cuestiones planteadas en el proceso y deberá ser obligatoriamente motivada, salvo que se incorpore a ella el texto de los informes o dictámenes que la sustenten”

De esa manera, serán inválidas las resoluciones que omitan toda alusión a los hechos específicos determinantes de la decisión, limitándose a la invocación de un precepto legal.

Precisamente, esto es lo que ocurre con las resoluciones que disponen el pase a retiro por renovación de los oficiales que han recurrido a la Defensoría del Pueblo. Particularmente con las del año 2000, que, de acuerdo con la información presentada por los recurrentes, se habrían expedido sin haberse establecido las necesidades de personal en cada grado, en el Ejército Peruano.

Debe precisarse que la motivación implica una argumentación de por qué se considera que una decisión se encuentra enmarcada en determinado contexto normativo. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en sentencia publicada el 27 de octubre del 2000 en el expediente N° 1043-99-AA/TC, en materia de retiro por renovación, ha precisado que:

“un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario... cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que llevan ... a adoptar tal decisión. Motivar una decisión, en ese sentido, no es expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente expresar las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.”

Así, la motivación de las resoluciones de pase a retiro por renovación, para que sea tal, debe exponer cómo es que se cumplen para cada caso las disposiciones pertinentes de las leyes de situación militar y de situación policial y sus reglamentos, no bastando su sola mención. El Tribunal Constitucional, en otras ocasiones, ha dispuesto la reincorporación de oficiales pasados a retiro por renovación sin el cumplimiento de ciertos requisitos, como ocurrió en un caso (Expediente N° 093-95-AA/TC, con sentencia publicada el 4 de noviembre de 1997) donde se acreditó:

“...que el accionante al momento de ser pasado a retiro por "renovación", recién estaba en su segundo año en el rango de Coronel, sin que se aprecie de los actuados, que se haya cumplido con el requisito de la calificación del Consejo de Investigación de su Institución”

De este modo, la ausencia de motivación en los presentes casos acarrearía la nulidad de las resoluciones impugnadas por los recurrentes.

4. Inconstitucionalidad de los reglamentos secretos.

Esta deficiencia se ve agravada por el hecho de que los reglamentos citados en la parte considerativa de las resoluciones en cuestión, Decretos Supremos N° 83-92-DE/SG y 58-96-DE/SG, no se hayan publicado. En primer lugar, porque nuestro ordenamiento constitucional no prevé excepciones al principio de publicidad de las normas establecido en el artículo 51° de la Constitución, que claramente declara que *“La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”*.

En segundo lugar, porque aun si pudiera admitirse que puedan emitirse normas *“secretas”* por razones de seguridad nacional, éstas deberían regular exclusivamente aspectos cuyo conocimiento público pueda poner en riesgo la integridad territorial o la soberanía popular; pero de ninguna manera normas ordinarias sobre el pase a retiro del personal militar, más aún en ausencia de hipótesis de guerra como en la actualidad. Por lo que las mencionadas normas también estarían formalmente afectadas de un vicio de nulidad, que no se convalida con su puesta en conocimiento por el personal militar, como habría pretendido el anterior ministro de Defensa.

Incluso, la Corte Suprema ha indicado, (sentencia publicada el 10 de enero de 1988) que una norma que transgreda el principio constitucional de publicidad, *“carece de eficacia legal y normativa”*, y *“que el tema del sigilo o esoterismo legislativo constituye un caso de inconstitucionalidad de las leyes no convalidable por la publicación subsecuente en la prensa privada o castrense”* (lo que tampoco ha ocurrido en el presente caso).

Por lo demás, aun en caso de aceptar la posibilidad de regular un régimen de secreto para ciertas materias, debe considerarse que la práctica del *“secreto”* sin una regulación estricta, podría encubrir prácticas irregulares en el ejercicio del poder público, específicamente, en la asignación de personal, lo que a la postre terminaría afectando negativamente la institucionalidad militar.

5. Observancia del principio de igualdad.

La motivación de las resoluciones permite saber cuándo estamos ante una diferenciación razonable y por ende, admisible por el Derecho, al no infringir el principio de igualdad, como se desprende del inciso 2) del artículo 2° de la Constitución. La ausencia de motivación no permite advertir una justificación objetiva y razonable para disponer el pase a retiro por renovación de los oficiales quejosos. Por el contrario, varios de estos oficiales ocupaban posiciones destacadas en los cuadros de méritos de los institutos armados y la Policía Nacional, en algunos sus instituciones habían realizado inversiones en capacitación, muchos tenían importantes posibilidades de ascender en la carrera militar y policial, y todos, según las versiones recogidas, podían continuar en la misma.

Ante esto el principio de igualdad, al proclamar que *todos los seres humanos deben ser tratados como iguales*, exige que los tratamientos diferenciados estén justificados de modo objetivo y razonable, más aun cuando los responsables de realizarlos lo hacen en el ejercicio de funciones públicas. En casos como el presente, este principio exige que las diferenciaciones para efecto del pase a retiro por renovación, estén efectivamente justificadas en la relación entre las condiciones profesionales de los oficiales y los intereses y necesidades del instituto armado respectivo. Por ello, llama la atención que los casos que motivan esta intervención, sean precisamente los de oficiales que podrían servir por algunos años más a las instituciones quejadas, contando muchos de ellos incluso con méritos reconocidos oficialmente por dichas instituciones.

Al respecto, conviene recordar, como lo hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia de amparo del 20 de mayo del 2000, expediente N° 748-99-AA/TC, que:

“Si bien las leyes y reglamentos respectivos determinan, entre otros aspectos, la organización, funciones y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional conforme lo establece el artículo 168° de la Constitución Política del Estado, no es menos cierto que dichas instituciones ni, por supuesto, sus miembros pueden quedar al margen de los derechos fundamentales reconocidos por la misma Carta Política.”

De este modo, la sujeción de las instituciones militares y sus miembros al principio de igualdad, exige que las decisiones de pase a retiro por la causal de renovación de cuadros, se basen en diferencias jurídicamente relevantes entre los afectados y los que no lo son. Más aun en caso como el presente, pues si bien el pase a retiro por renovación no es una sanción, sí implica truncar la carrera militar de un oficial.

Cabe indicar que en la sentencia del Tribunal Constitucional publicada el 27 de octubre del 2000 (Expediente N° 1043-99-AA/TC) luego de revisar el caso de un oficial de la Policía Nacional que a pesar de contar con una “brillante foja de servicios” fue pasado al retiro por renovación, se concluyó que:

“al truncarse su carrera como oficial de la Policía Nacional de manera abrupta, lesionando su derecho al trabajo, se ha cometido arbitrariedad en el ejercicio de las facultades discrecionales reconocidas a la administración de la entidad demandada.”

De esta manera, se refuerza la exigencia de que decisiones como el pase a retiro de oficiales, deban cumplir criterios de razonabilidad, aun cuando éstos no se hayan explicitado en normas reglamentarias. Así, la simple referencia a “los criterios de comando” como única justificación de las diferenciaciones implicadas en la selección de oficiales que pasan a retiro por renovación, no satisface las exigencias propias de un Estado constitucional de Derecho como el que se trata de afianzar.

6. Necesidad de una adecuada reglamentación de la renovación.

Las normas que debían reglamentar la renovación en las Fuerzas Armadas, el Decreto Supremo N° 83 – DE/SG, de fecha 11 de noviembre de 1992, y su modificatoria, el Decreto Supremo N° 58 –DE/SG 2000, de fecha 12 de noviembre del 2000, ambos no publicados, sólo reglamentan las condiciones en las que no deben estar incursos los oficiales que se propongan para el pase a retiro por la causal en cuestión, y las cantidades máximas y mínimas de efectivos que podrán ser pasados a retiro. De ese modo, se dejó pasar la oportunidad de establecer criterios objetivos y conocibles por todos para la determinación de quiénes han de ser propuestos para el retiro por renovación. Estos criterios, al estar en función de las necesidades de los institutos armados, deberán tomar en cuenta tanto las políticas de personal de cada institución, como los méritos personales de los oficiales a evaluar.

Realizar esta tarea, mientras no se reglamente adecuadamente la renovación del personal de los institutos armados, le corresponde a los Consejos de Investigación constituidos en Junta Calificadora. Evidentemente, las decisiones de estos consejos deben ser motivadas y publicadas, de modo que sus criterios de calificación puedan ser conocidos por la institucionalidad militar, en especial, los afectados.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los objetivos del pase a retiro por renovación son de un lado, facilitar, precisamente, la renovación de personal en cada grado, permitiendo el desarrollo de las carreras militares y policiales. Y de otro, permitir la adaptación de la estructura de personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a exigencias variables, que pueden deberse a diversos factores, como los presupuestarios o estratégicos, por ejemplo. De este modo, la lógica de la renovación implica un criterio cuantitativo, como se ve del texto del artículo 58º de la Ley de Situación Militar, donde se indica que la reglamentación de la renovación especificará una cantidad mínima y máxima de oficiales que podrán ser pasados a retiro por esta causa, para cada grado. Y un criterio cualitativo, por el que se tendrá que atender a la situación profesional de los oficiales que podrían ser sujetos del retiro.

En este sentido, la motivación de los pases a retiro por renovación debería tomar en cuenta aspectos como el número de efectivos considerados necesarios para cada grado, así como el porcentaje de oficiales con condiciones para el ascenso. Asimismo, aspectos de la carrera de los oficiales, como el tiempo de servicios que les quedan, sus posibilidades de ascenso de acuerdo a un sistema objetivo de méritos y la adecuación de sus especialidades a las necesidades definidas como prioritarias en el servicio. De esta manera, además de cautelarse mejor los derechos de los oficiales, se favorecería el desarrollo de los valores profesionales que orientan la vida de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

7. Procedimiento especial de revisión de los pases a retiro cuestionados

Para la revisión de los casos donde se han cuestionado las motivaciones de las decisiones de pase al retiro, durante el anterior régimen, los ministerios de Defensa y del Interior, y en su caso, las comisiones especiales que puedan crearse podrían considerar la distinción, a modo enunciativo, de los siguientes tipos de casos:

- a) los que tienen un procedimiento en trámite, en cuyo marco podría darse la solución correspondiente;
- b) los casos donde procedería declarar la nulidad de oficio de las resoluciones cuestionadas, conforme al artículo 109º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, modificado por la Ley 26960, vigente desde el 1 de junio de 1998, que establece un plazo de tres años para que la Administración Pública realice dicha declaración.

Para los casos donde el plazo para declarar la nulidad de resoluciones consentidas venció antes de la vigencia de la Ley N° 26960, podría estudiarse la adopción de decisiones especiales, como las planteadas para los diplomáticos cesados, o, de haber motivos para ello, demandar la nulidad en el Poder Judicial.

III. CONCLUSIONES

1. Los casos de pase al retiro por renovación atendidos por la Defensoría del Pueblo muestran serias deficiencias en la motivación de las resoluciones por las que los retiros se hacen efectivos, las cuales podrían acarrear su nulidad, al suponer vulneraciones al debido proceso.
2. La ausencia de motivación podría dejar campo a la arbitrariedad de las administraciones involucradas, lo cual está vedado en un Estado constitucional de Derecho, conforme a *“los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”* mencionados en el artículo 3º de la Constitución. Más aun cuando se podría estar desconociendo

el principio de igualdad, al establecerse diferenciaciones sin basarse en criterios objetivos.

3. La actual regulación legal y reglamentaria del pase a retiro por renovación en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como la forma en que se ha aplicado durante el gobierno anterior, no han contribuido a la realización de dichos principios constitucionales. Esto se ha agravado con la práctica de emitir decretos supremos secretos, como los que han pretendido reglamentar el retiro por renovación en las Fuerzas Armadas.
4. A juicio de la Defensoría del Pueblo, correspondería a los Ministros de Defensa y del Interior la revisión de los pases a retiro por la causal de renovación de cuadros dispuestos por el anterior gobierno, de manera que se respete el derecho al debido proceso de los oficiales afectados, específicamente, el derecho a ser informados de las motivaciones de las decisiones que los afecten, como las que disponen su pase al retiro, en especial cuando se trate de la causal de renovación.
5. En ese sentido, debería establecerse una comisión especial en cada Ministerio, como la nombrada por la Resolución Suprema N° 557-2000-RE en el Ministerio de Relaciones Exteriores para emitir recomendaciones en cuanto a la restitución de los diplomáticos cesados en abril de 1992. Las comisiones sugeridas para los sectores Defensa e Interior, podrían encargarse de revisar los casos de pase al retiro dispuestos por el régimen anterior que se le presenten, de forma que las decisiones respectivas se adopten tomando en cuenta el estado de la carrera de los oficiales afectados, así como las necesidades de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Esto sin perjuicio de que se continúe revisando detenidamente los procesos de ascensos en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en los años recientes, toda vez que en las decisiones respectivas se definen las estructuras de mando de estas instituciones para los próximos años.
6. Asimismo, sería conveniente que los Ministerios de Defensa y del Interior dispongan la revisión de la normatividad que regula el pase a retiro por renovación, pudiendo presentar las iniciativas legislativas correspondientes, o en todo caso, la reglamentación de los artículos 52º.c y 58º de la Ley de Situación Militar, así como los artículos 50º.c y 53º de la Ley de Situación Policial, de forma que se establezcan procedimientos objetivos de determinación de las necesidades de cada instituto, así como de los oficiales que a la vista de éstos, deberían ser propuestos para el cese por renovación.

IV. RECOMENDACIONES

1. **SE RECOMIENDA** a los Ministros de Defensa y del Interior que dispongan la revisión de los casos de oficiales pasados a retiro por renovación de cuadros, en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional, por disposiciones tomadas durante el gobierno anterior. Para ello **SE SUGIERE** la conformación de comisiones especiales que estudien los casos que se les presenten, de forma que puedan recomendar la reincorporación de los oficiales cuyo retiro se haya dispuesto por causas ajenas a las necesidades del servicio, así como justificar los demás casos.
2. **SE RECOMIENDA** a los Ministros de Defensa y del Interior que estudien la modificación de los Decretos Legislativos N° 752 y N° 745, Ley de Situación Militar y Ley de Situación Policial, respectivamente, a fin de evaluar la

presentación de las correspondientes iniciativas legislativas en materia de retiro por causal de renovación. En ese sentido, **SE LES RECOMIENDA** disponer la reglamentación del retiro por causal de renovación, de manera que se establezcan criterios objetivos para disponerlos, como la situación de las carreras de los oficiales o los requerimientos de los institutos armados.

3. **SE RECOMIENDA** a los Ministros de Defensa y del Interior continuar con la revisión cuidadosa de los procesos de ascensos en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.
4. **SE ENCOMIENDA** a la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales y a la Adjuntía para la Administración Estatal, el seguimiento de las recomendaciones referidas a la adopción de criterios objetivos para la motivación de las resoluciones sobre pases a retiro por causal de renovación, y a la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales, el seguimiento de las recomendaciones relativas a las modificaciones a la normatividad vigente sobre pase a retiro por causal de renovación.
5. **SE PONE EN CONOCIMIENTO** el presente informe defensorial de:
 - el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
 - el Ministro de Defensa
 - el Ministro del Interior
 - el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas
 - el Director General de la Policía Nacional
 - el Presidente del Congreso de la República

Lima, diciembre del 2000